

'A brooding omnipresence in the sky'

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (1996). 'A brooding omnipresence in the sky': over rechtsontwikkeling en buitenlandse rechtsliteratuur. *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 96(6207), 44-47.

Document status and date:

Published: 01/01/1996

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.



Mr J.M. Smits**

‘A brooding omnipresence in the sky’: over rechtsontwikkeling en buitenlandse rechtsliteratuur*

1. ‘Toon mij Uw literatuur...’

Wie moet schrijven over de aandacht die in de Nederlandse juridische tijdschriften wordt besteed aan buitenlandse rechtsliteratuur en deze aandacht bij voorkeur in verbinding moet zien te brengen met de civielrechtelijke rechtsontwikkeling, ziet zich geplaatst voor een dubbel probleem. Niet alleen zal hij als niet-statisticus de lezer enig cijfermatig overzicht moeten zien te geven omtrent die aandacht, maar bovendien is hij vervolgens verplicht daaromtrent een waardeoordeel uit te spreken. Men betreedt dan het in Nederland nog weinig verkende terrein van de eisen die men aan de rechtswetenschap (en de belangrijkste podia voor haar debat: de tijdschriften) mag stellen, een terrein dat in de Verenigde Staten de afgelopen jaren sterk in de belangstelling staat en dat daar tot verwoede discussies omtrent de taak van ‘legal scholarship’ aanleiding heeft gegeven¹.

Ik zal hier trachten de beide genoemde taken aan te vatten. De achterliggende gedachte is daarbij dat tussen de heersende rechtsopvatting in een bepaald land en de daar bestaande rechtsliteratuur een nauw verband bestaat. In de Verenigde Staten liep de ondergang van het ‘treatise writing’ tegen het einde van de negentiende eeuw parallel met een tanend vertrouwen in de invloed van de rechtswetenschap op de rechtspraktijk. Met het sceptische ‘legal realism’ kwam er plaats voor een meer praktijkgerichte, maar tegelijkertijd minder ambitieuze vorm van literatuur². In het huidige Ameri-

ka hangt het (volgens velen) te weinig ‘echt’ juridische gehalte van de meeste in de Law Reviews versijnde artikelen (gewijd aan enig aspect van een van de vele ‘Law and ...’-bewegingen³) nauw samen met de verregaande commercialisering van de rechtspraktijk, waarin de dogmatische onderscheidingen ondergeschikt zijn gemaakt aan de ambities van juristen ‘who are only in it for the money’⁴. In dit artikel wil ik uiteindelijk laten zien hoe ook in Nederland de rechtsliteratuur kan worden beschouwd als een spiegel voor de rechtswetenschap: het ‘toon mij Uw literatuur en ik zeg U welk recht U hebt’ gaat niet alleen op voor Amerika.

Hiermee is de opbouw van de bijdrage gegeven: allereerst wordt gepoogd een kwalificatie te geven van de in Nederland gebruikelijke literatuur (2) en wordt deze in verband gebracht met de heersende rechtsopvatting (3). De aandacht die in die literatuur aan rechtsvergelijking wordt besteed staat centraal. Vervolgens waag ik mij – geïnspireerd door de discussie in Amerika – aan een definiëren van de eisen die aan een gezonde rechtswetenschap mogen worden gesteld (4) en laat ik zien wat een daarmee corresponderende visie op het burgerlijk recht kan zijn (5).

2. Een kwalificatie van de Nederlandse civiele rechtsliteratuur

Het is niet eenvoudig om de Nederlandse rechtsliteratuur op eenduidige wijze te kwalificeren. Men zou de vele publicaties (zowel in de vorm van boeken als versijnd in tijdschriften) in verschillende categorieën kunnen onderverdelen, maar zolang men niet weet met welk vooropgezet doel men die exercitie onderneemt, heeft dat weinig zin: een externe maatstaf waarmee men de literatuur moet beoordelen ontbreekt⁵. Vooruitlopend op de ontwikkeling van een dergelijke theorie, wordt hier volstaan met een globale kwalificatie van de Nederlandse rechtsliteratuur met bijzondere aandacht voor rechtsvergelijking.

Wanneer men dan die literatuur bekijkt, ziet men een grote nadruk op de ‘praktische’ toepasselijkheid van het geschrevene. De meeste in RM Themis, WPNR, NTBR en NJB versijnde artikelen op het terrein van het civiele recht nemen als uitgangspunt een of meer arresten van de Hoge Raad of een (ontwerp-) wetstekst en trachten vrijwel steeds om die ‘door te rekenen’ op hun consequenties voor het ‘systeem’ waarvan de rechtspraktijk gebruik maakt⁶. Deze doctrinaire benadering kan in het voetspoor van Posner⁷ worden omschreven

* Een deel van het voor dit artikel noodzakelijke onderzoek verrichtte hij als tijdelijke lokaal in het departement Privaat- en Romeinse Reg van de Universiteit van Stellenbosch (Zuid-Afrika). Hij dankt de Fakulteit aldaar voor financiële bijstand en Prof. Gerhard Lubbe voor de grote gastvrijheid die hij jegens hem aan de Kaap tentoon-spreidde.

** Universitair docent Burgerlijk recht en Handelsrecht verbonden aan de Katholieke Universiteit Brabant te Tilburg.

1. Deze discussie spitst zich vooral toe op de vraag hoe praktisch de rechtswetenschap moet zijn. Zie Harry T. Edwards, *The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession*, Michigan LR 91 (1992), p. 34 v. en de vele bijdragen aan Michigan LR 91 (1993), no. 8.

2. Zie bijv. A.W.B. Simpson, *The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature*, The University of Chicago LR

48 (1981), p. 632 v. en vgl. John H. Langbein, *Chancellor Kent and the History of Legal Literature*, Columbia LR 93 (1993), p. 547: ‘the forms of legal literature undergo ceaseless cycles of innovation, maturation, and decay’.

3. Behalve aan de bekende ‘Law and Economics’ en ‘Law and Literature’ bewegingen valt te denken aan ‘feminist’, ‘post-modern’ en ‘critical race’ benaderingen van het recht.

4. Vgl. Edwards, o.c., p. 34: ‘While the schools are moving toward pure theory, the firms are moving toward pure commerce’.

5. In dezelfde zin Edward L. Rubin, *On Beyond Truth: A Theory for Evaluating Legal Scholarship*, California LR 80 (1992) p. 889: ‘We conclude that a work of scholarship is good or bad, true or false, by intuition, trusting in some undefined quality of judgment’. Voor sommige tijdschriften is een kwalificatie van de literatuur over een voorbij tijdvak

wel beproefd. Zie bijv. Jean Imbert (over het Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis), La Tijdschrift et l’histoire du droit 1918-1993, TvR 62 (1994), p. 18 en Hans Thieme, ZSS (GER) 100 (1983), p. 5 v.

6. Om nog maar te zwijgen van het grote aantal informatiebulletins, ‘nieuwsbrieven’ e.d. dat de afgelopen jaren is opgekomen. Zie hierover ook in afwijzende zin Asser-Vranken, *Algemeen deel*, Zwolle 1995, no. 174-175, waar m.i. terecht wordt gesproken van een ‘tirannie van de actualiteit’. Aan de andere kant is recent een aantal typisch rechtsvergelijkende tijdschriften gelanceerd (ik noem de *European Review of Private Law*, de *Tilburg Foreign Law Review* en de *Maastricht Journal of European and Comparative Law*).

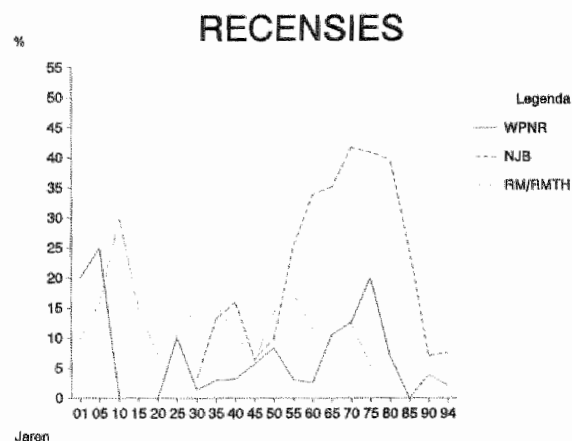
7. Richard A. Posner, *The Present Situation in Legal Scholarship*, Yale LJ 90 (1981) p. 1116.

als het zorgvuldig lezen en vergelijken van (nationale) rechterlijke uitspraken, mede in het licht van eventuele wetgeving, met als doel het opsporen van tegenstrijdigheden, het aanwijzen van lijnen, het ontwikkelen van onderscheidingen en het presenteren van alternatieve oplossingen. Natuurlijk worden ook meer grondleggende artikelen en boeken geschreven, die niet in de eerste plaats ten doel hebben van praktisch nut te zijn, maar kwantitatief is de hier genoemde literatuurvorm verre in de meerderheid.

Bekijkt men nu vervolgens wat de aandacht is die in Nederlandse tijdschriften aan rechtsvergelijking wordt besteed⁸, dan kan dit op een betrekkelijk precieze manier worden gemeten. Wanneer men afziet van sporadische verwijzingen naar een buitenlands rechtssysteem en zich concentreert op artikelen die in hoofdzaak rechtsvergelijkend van aard zijn, dan is het mogelijk enig statistisch materiaal te verzamelen. Ik deed dit voor RM Themis (vóór 1939 nam ik het RM) en WPNR over de periode 1901-1994 en voor het NJB over het tijdvak 1926-1994⁹. Anders dan men wellicht zou vermoeden, blijkt de aandacht voor rechtsvergelijking de afgelopen jaren niet wezenlijk te zijn toegenomen; het gemiddelde aantal rechtsvergelijkende artikelen per jaar blijft niet erg groot. Het percentage bedraagt voor het NJB 1,87, voor het WPNR 1,06 en voor RM/RM Themis 0,69¹⁰. Alvorens uit deze gegevens nadere conclusies te trekken, is het nuttig om nog een andere, meer bewerkelijke, toets uit te voeren: de geringe hoeveelheid rechtsvergelijkende artikelen zou haar oorzaak daarin kunnen vinden dat deze ook niet aan redacties van tijdschriften worden aangeboden. Voor een treffende kwalificatie van de Nederlandse rechtsliteratuur is het daarom nuttig kennis te nemen van de opvattingen van redacties door in hun tijdschriften verschenen boekbesprekingen te onderzoeken. De premisse is daarbij dat de redactie meer invloed heeft op recensies dan op andere in het tijdschrift verschijnende bijdragen. Recensies zijn dan een spiegel voor de algehele rechtswetenschap in een bepaald land omdat die redacties doorgaans worden gevormd door de daar als vooraanstaand beschouwde juristen: wat zij als vertegenwoordigers van

hun lezerspubliek voor de rechtsontwikkeling van belang achten, wordt besproken¹¹.

Een onderzoek van de gerecenseerde boeken in de zojuist genoemde tijdschriften blijkt nu inderdaad een interessant beeld op te leveren van de Nederlandse rechtscultuur in de twintigste eeuw. De belangrijkste resultaten zijn neergelegd in de hierbij afgedrukte grafiek, waarin het aantal recensies van buitenlandse titels is gerelateerd aan het totale aantal recensies per tijdschrift¹².



Het aantal recensies van buitenlandse titels als percentage van het totale aantal recensies.

Het aldus verkregen percentage zegt daarmee wat de relatieve aandacht is voor buitenlandse rechtsliteratuur. In de periode 1951-1955 wijdde het WPNR bijvoorbeeld 3% van het totale aantal recensies aan een buitenlandse titel, in de periode 1971-1975 was dat 20%, maar tussen 1981 en 1985 werd geen enkel buitenlands boek gerecenseerd. In het algemeen valt uit de grafiek af te leiden dat het WPNR het minst 'aan rechtsvergelijking doet' en het NJB het meest, met een piek in de jaren tussen 1966 en 1980 waarin het percentage voor dit tijdschrift maar liefst rond de 40% ligt (na 1991 valt dit terug tot 7,5%). Het wellicht opvallendste resultaat is dat de aandacht voor rechtsvergelijking na 1975 sowieso in belangrijke mate vermindert: zelfs RM Themis, dat tot dan toe een percentage dat rond de 15% schommelt te zien heeft gegeven, vertoont dan een dalende lijn om na 1986 uit te komen op 1,3%¹³.

De taakopvatting van de (redacties van) toonaangevende Nederlandse tijdschriften lijkt hiermee dan ook te zijn dat merendeels dogmatische en praktijkgerichte beschouwingen moeten worden geboden. Een systematische behandeling van buitenlandse literatuur is niet aan de orde. Thans zal worden getracht deze constatering nader in te bedden in de in Nederland overheersende visie op het burgerlijk recht.

3. De positivistische rechtsopvatting en haar literatuur

In de geschiedenis van het burgerlijk recht ziet men twee mogelijke rechtvaardigingen voor het gezag van de regel elkaar afwisselen. Enerzijds is daar de autoriteit op grond van regels gegeven door mer staatsgezag beklede organen (wetgever en rechter¹⁴), anderzijds is er de

8. Het heeft weinig zin om een dergelijk overzicht van Nederlandse aan buitenlands recht gewijde boeken te geven: ze verschijnen slechts incidenteel.

9. Diverse methodische problemen werden daarbij door mij onder ogen gezien en op praktische wijze opgelost. Onder artikelen verstond ik substantiële bijdragen van meer dan vier bladzijden. Of zij 'in hoofdzaak' rechtsvergelijkend waren, werd in eerste instantie vastgesteld door de inhoudsopgave per jaargang te bekijken; in geval van twijfel werd het artikel zelf bezien. Het risico dat rechtsvergelijkende titels soms niet zullen geven wat zij beloven, werd daarmee op de koop toegeno-

10. Ik telde in het NJB 129 rechtsvergelijkende artikelen, in WPNR en RM/RM Themis resp. 100 en 65. Iets meer aandacht is er in de periode 1990-1994 wel.

11. Vgl. Peter Häberle, *Rezensionstheorie*, Berlin [1982], vooral p. 34 v. Häberle komt tot een 'Rezensionstheorie'. Zie voor het tijdschrift als 'tijdspiegel' ook de bijdrage van G.C.J.J. van den Bergh en C.J.H. Jansen aan RM Themis 1989, p. 247 v.

12. Onder recensie werd daarbij verstaan een bespreking in de klassieke zin, waarin het boek min of meer uitgebreid wordt behandeld, niet een aankondiging of een 'Besprechungsansatz' (dat als artikel werd geteld bij de eerdere berekening).

13. Alle precieze cijfers, ook per jaar, zijn bij mij op te vragen. Relateert men het percentage 'buitenlandse' 'civielrechtelijke' recensies aan het totale aantal recensies van buitenlandse titels, dan vindt men voor WPNR en RM/RM Themis (beide berekend vanaf 1901) percentages van respectievelijk 82 en 23,7%. Voor het NJB (vanaf 1926) is dat 22,5%. Wat

betreft de herkomst van de gerecenseerde civielrechtelijke titels is er een belangrijk verschil tussen enerzijds WPNR (België verreweg de belangrijkste leverancier met 42%, gevolgd door Frankrijk met 15% en Duitsland met 13%) en anderzijds NJB en RM/RM Themis (meest recensies van Duitse literatuur — resp. 53 en 46%). Bij alle drie de tijdschriften schommelt het percentage gerecenseerde Anglo-Amerikaanse literatuur rond de 12%.

14. De verbinding van civielrecht en macht is oud: de codificator was een godheid (Yahweh gaf de Tien Geboden aan Mozes op de Sinai, Zeus gaf recht aan de Kretenzers) of in meer wereldse tijden een verlicht despoot, tevens groot veldheer (Hammurabi was strijder, Justinianus heroverde Italië en Zuid-Spanje, de verdiensten van Frederik de Grote en Napoleon zijn te bekend om ze hier te memoreren). Vgl. Alan Watson, *Legal Transplants*, Edinburgh [1974], p. 88 v.

15. Men kan spreken van 'persuasive authority'. Vgl. thans J.H.M. van Erp, *The Use of the Comparative Law Method by the Judiciary*, in: *Netherlands Reports to the Fourteenth International Congress of Comparative Law* (Athens 1994), The Hague 1994, p. 24.

16. Met de algemene erkenning van het gedachtengoed van Paul Scholten en de op hem voortbouwende auteurs. Zie ook mijn Leids proefschrift, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, 1995, p. 8 v.

17. Op het voetspoor van Edward L. Rubin, *The Practice and Discourse of Legal Scholarship*, Michigan LR 86 (1988) p. 1860, die zich voor deze term op zijn beurt weer op Foucault beroept.

18. Richard A. Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, in: *Harvard LR* 100 (1986-1987), p. 773 spreekt in dit verband van 'a purely verbal, purely lawyer's scholarship' dat volgens hem moeilijk past in de huidige meer wetenschappelijke *Zeitgeist*.

19. Dat dit de belangrijkste handboeken zijn – ik denk hier vooral aan de Asser-serie – is natuurlijk al een waarde-oordeel: zij worden doorgaans als belangrijk beschouwd juist omdat van hen regelmatig een herziene druk op de markt komt.

20. Zie ook P.S. Atiyah en Robert S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford 1987, p. 395, die dit ook betrekken op de Engelse onderwijs situatie: 'A three-year diet of legal textbooks is apt to confirm most students in their initial belief that law is fundamentally a system of rules, and that they have come to law school to learn as many of those rules as they can remember'.

21. Een aantal tijdschriften wijdde onlangs een speciaal nummer aan de eisen van 'legal scholarship'. Zie bijv. *Yale LJ* 90 (1981), p. 955 v., *Modern LR* 50 (1987), p. 673 v., *Stanford LR* 45 (1993), p. 1525 v. (hierin vooral Richard A. Posner, *Legal Scholarship Today*, p. 1647 v.). Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, *Zur Situation der Rechtswissenschaftlichen Forschung*, *JZ* 50 (1995), p. 2.

22. Vgl. recent P.B. Cliteur in: *Cliteur e.a. (red.), Overtuigend bewijs: over het wetenschappelijke van de niet-exacte wetenschappen*, Amsterdam 1994.

23. Vgl. Rubin, o.c., p. 1860.

24. Anthony T. Kronman, *Legal Scholarship and Moral Education*, *Yale LJ* 90 (1981), p. 968: 'The scholar cares about truth – indeed this is what defines him as a scholar – and it is his care for the truth that must somehow be set against the cynical carelessness that a training in advocacy encourages'. Een te arrogante uitspraak – tekenend voor het huidige universitaire klimaat in de V.S. – is afkomstig van Charles W. Collier, *The Use and Abuse of Humanistic Theory in Law*, *Duke LJ* 41 (1991), p. 271: '[the] true realm and métier of legal scholarship, like that of all scholarship, is the world of ideas. It bears approximately the same relationship to adjudication that poetry bears to nursery rhymes'.

autoriteit op grond van de kwaliteit van de regel¹⁵. Idealiter vallen beide samen en schrijft de staatsrechtelijke autoriteit de kwalitatief beste uitkomst voor. Dezelfde geschiedenis heeft echter aangetoond dat de autoriteit dat niet kan: iedere toepassing van een regel heeft interpretatie in het concrete geval en daarover kan de staat in abstracto nu juist niets voorschrijven.

Opvallend is evenwel dat de eerstgenoemde – positivistische – rechtsopvatting misschien wel in theorie heeft afgedaan¹⁶, doch dat de met die opvatting corresponderende literatuur nog altijd in hoge mate aanwezig is. Met de visie dat alle recht autoritair is, correspondeert immers een vorm van literatuur waarin de rechtsgeleerde schrijvers niet anders kunnen dan uitspraken van wetgever en rechter voor waar aannemen. Men kan trachten hen in te passen in het bestaande 'systeem' van burgerlijk recht, men kan hen van – eventueel ook kritisch – commentaar voorzien, maar uitgangspunt is en blijft hun bindende kracht.

In die visie is de rechtsliteratuur een verlengstuk van de rechtspraktijk: de wetenschap stelt zich hetzelfde doel als de rechtspraktijk en hanteert daartoe dezelfde terminologie: de wetenschappelijke jurist ziet zichzelf in de eerste plaats als rechter. Als hij schrijft, denkt hij als een rechter, rechtvaardigt hij de gemaakte keuzes op dezelfde manier als een rechter (door bestaande rechtspraak en wetgeving bij zijn oordeel te betrekken) en gebruikt hij dezelfde terminologie als een rechter. Men kan hier spreken van een 'unity of discourse' tussen wetenschappers en praktijkjuristen¹⁷. De categorieën waarmee het recht wordt geanalyseerd zijn dezelfde als die, gebruikt door rechter en wetgever wier werk wordt onderzocht¹⁸.

Het hoeft weinig betoog dat de geschetste rechtsopvatting in Nederland inderdaad de heersende lijkt. De overvloed aan wetgeving en rechtspraak becommentarieënde literatuur staat direct in deze traditie. De literatuur probeert daarbij vooral om het recht weer te geven zoals het is, d.w.z. zoals het 'eigenlijk' is gegeven door de autoriteit. De in Nederland bestaande praktijk dat van de belangrijkste¹⁹ handboeken zeer regelmatig een nieuwe druk verschijnt, is wat dat betreft ook tekenend: het ultieme doel van het handboek is om het recht te presenteren zoals geldend op de dag dat het werk ter perse ging²⁰. Een dergelijk 'positivistisch' boek is binnen drie jaar verouderd en toe aan een nieuwe druk.

Nu kan men natuurlijk moeilijk ontkennen dat in de praktijk inderdaad behoefte lijkt te bestaan aan dergelijke handboeken en artikelen. Waar het mij om gaat, is echter dat die behoefte volledig past in de positivistische rechtsopvatting. Volkomen consistent er mee is ook dat zoveel mogelijk nationale rechtspraak wordt becommentarieerd en dat de aandacht voor rechtsvergelijking gering is: kennis omtrent buitenlands recht is immers van geen enkel belang zolang de Hoge Raad en de nationale wetgever bepalen wat rechtens is.

Er is al op gewezen dat de positivistische rechtsopvatting als rechtsvindingstheorie geen stand kan houden. De vraag die nu voorligt is of de ermee gepaard gaande literatuurvorm voldoet aan de eisen die men aan het

recht als academische discipline mag stellen²¹. Is een 'unity of discourse' van wetenschap en praktijk wel zo wenselijk?

4. Eisen aan de civiele rechtswetenschap

Dat de rechtswetenschap verschilt van andere academische disciplines, is meermalen betoogd²². Bij mijn weten is daarbij echter nooit de nadruk gelegd op de karaktertrek die zojuist met de term 'unity of discourse' werd aangeduid. Dat het onderzoeksobject en de onderzoeker eenzelfde doel nastreven lijkt uniek: de literaire criticus en de auteur hebben elk een eigen agenda, de antropoloog en de dorpsbewoner ontberen eveneens een gemeenschappelijk referentiekader, net als de bioloog en de slak en de natuurkundige en de atoombom²³. Bij al deze disciplines bestaat een externe maatstaf waar de 'praktijk' aan kan worden getoetst. Mijns inziens is een dergelijke buiten het onderzoeksobject gelegen maatstaf essentieel voor een gezonde rechtswetenschap. Het is de enige garantie voor een ten opzichte van de praktijk onafhankelijke en kritische wetenschap. De consequentie van het aannemen van een *tertium comparationis* is wel dat rechtspraktijk en rechtswetenschap automatisch uit elkaar gaan lopen. Wanneer in de volgende paragraaf de inhoud van de externe maatstaf aan de orde komt, blijkt dat dit minder dramatisch is dan sommigen misschien geneigd zijn te denken, maar zelfs als dit de consequentie zou zijn, is er nog geen man overboord.

Heel goed valt immers vol te houden dat wetenschap en rechtspraktijk volstrekt tegengestelde bezigheden zijn: dat heeft vooral te maken met de verschillende houding die zij ten opzichte van het recht (moeten) innemen. De wetenschapper is uiteindelijk op zoek naar de waarheid en probeert van iedere rechtsregel de diepere zin te vinden omdat hij daarin werkelijk – om die rechtsregel zelf – is geïnteresseerd. De practicus daarentegen gebruikt diezelfde rechtsregel slechts als middel tot een bepaald resultaat – voor de advocaat het bereiken van een voor de cliënt zo gunstig mogelijke uitkomst, voor de rechter het vinden van een aanvaardbaar resultaat. Die laatste, instrumentele, benadering is niet per definitie slechter dan de eerste, maar zij is zeker anders²⁴. De ware 'legal scholar' is zozeer geïnteresseerd in de waarheid dat hij (althans tijdelijk) een universitair leven heeft gekozen om zijn passie te kunnen beoefenen.

Essentieel voor de civiele rechtswetenschap is daarmee dat deze van buiten af tegen de rechtspraktijk aankijkt en dat doet zonder enig ander doel dan de interesse in het privaatrecht zelf. Bij de vraag hoe deze eisen in concrete daden om te zetten komt aan de rechtsvergelijkende literatuur een hoofdrol toe.

5. Naar een 'rechtsvergelijkend burgerlijk recht'

Hoe kunnen literatuur en rechtspraak uit den vreemde een rol vervullen bij de rechtsontwikkeling in Nederland? Hoe dient een externe maatstaf te worden gevonden waar de rechtspraktijk aan kan worden getoetst? Zeker is dat het stellen van deze twee vragen afvoert van de autoritaire benadering – die verplicht tot een nadruk op de nationale wetgeving en rechtspraak.

Het behoeft geen betoog dat in een rechtsstelsel de kwalitatief beste oplossingen moeten worden gekozen. Dat rechtsvergelijking kan helpen om die oplossingen te vinden, is bekend. Men zou echter langs de kern van de zaak heengaan wanneer men halt zou houden bij de (legistische) opmerking dat rechtsvergelijking dus een rol moet spelen in het wetgevingsproces²⁵. Zodra men aanvaardt dat iedere rechtsregel interpretatie behoeft in het concrete geval, moet men ook aanvaarden dat de best mogelijke interpretatie eveneens afhankelijk is van de aandacht die men daarbij aan rechtsvergelijking besteedt. Hoe gaat dat praktisch in zijn werk? Mijns inziens op tweeërlei manier.

In de eerste plaats: de maatstaf waar de praktijk aan moet worden getoetst, kan niet anders dan opgebouwd zijn uit rechtsvergelijkende elementen: die zijn immers als enige extern aan het nationale recht. Het is daarom zaak dat in de rechtsliteratuur zoveel als mogelijk aandacht wordt besteed aan buitenlands en historisch recht; dat is niet iets vrijblijvends, maar pure noodzaak in een rechtsopvatting waarin de kwaliteit van de oplossing centraal staat²⁶.

Maar bovendien geldt dat een werkelijke 'tertium comparationis', die buiten alle rechtspraktijk blijft staan, in het recht nooit kan worden bereikt. De kwaliteit van een bepaalde oplossing zal het namelijk altijd winnen van de staatsrechtelijke autoriteit en daar de tertium per definitie de betere maatstaf geeft, zal daarvan steeds een reflexwerking uitgaan naar het te onderzoeken rechtsstelsel: het zal – eenmaal vertrouwd met de mogelijkheid van een alternatieve oplossing – deze vroeger of later 'recipiëren'. In die zin zijn praktijk en wetenschap verweven.

Maar die verwevenheid bestaat dus slechts bij de gratie van een eigen taak van de rechtsliteratuur die de prak-

tijk vanuit een vergelijking met andere rechtsstelsels bekritiseert en nieuwe wegen wijst²⁷. Hoe groter de aandacht voor alternatieve oplossingen in andere stelsels, hoe groter de mogelijkheden voor receptie van die oplossingen in eigen land. In een rechtsopvatting waarin de kwaliteit van de oplossing centraal staat, dient dus zoveel mogelijk informatie omtrent vreemd recht te worden verschaft. Of de daar gegeven oplossingen ook daadwerkelijk vruchtbaar zijn, kan pas in concreto worden uitgemaakt, maar hen op voorhand uitsluiten kan niet: zij genieten, samen met de 'nationale' regels en literatuur en in de woorden van Oliver Wendell Holmes, van 'a brooding omnipresence in the sky'²⁸. Deze kan in ieder concreet geval worden omgezet in een meer praktisch bestaan. Of dat gebeurt is niet zeker, maar het is wel de reden waarom de aandacht voor buitenlands recht zo groot als mogelijk moet zijn. En dankzij haar systematiserende karakter zal juist de buitenlandse rechtsliteratuur daartoe in Nederland meer toegankelijk moeten worden gemaakt. Dat recensies als eerste vorm van receptie van een werk daarbij een essentiële rol vervullen, spreekt voor zich²⁹.

Enigszins paradoxaal is de rechtswetenschap daarmee juist niet zeer praktisch wanneer zij zich slechts bezig houdt met nationale wetgeving en rechtspraak; slechts een 'rechtsvergelijkend burgerlijk recht' schept de voorwaarden voor een kwalitatief hoogstaande praktijk. Maar de eigen aard van de wetenschap vereist wel dat die praktische toepasselijkheid niet het doel is: een toevallige receptie is een nuttig neveneffect, het creëren van de 'brooding omnipresence' dankzij literatuur absolute noodzaak.

Mr J.M. Smits

25. Zie daarover N.A. Florijn, *Rechtsvergelijking in het wetgevingsproces*, diss. Tilburg 1993, Zwolle 1993.

26. Zie voor een anders getinte beargumentering van deze stelling mijn bijdrage aan *WPNR* 6154 (1994), p. 728 v., waarin met een beroep op Hoetinks anachronistische begripsvorming tevens wordt uiteengezet dat methodische bezwaren niet in de weg staan aan deze vorm van rechtsvergelijking.

27. Tegendraadsheid lijkt mij een eerste eis van juridische wetenschapsbeoefening. Over de standaard waaraan 'anders geaarde' scholarship moet voldoen zie men Daniel A. Farber & Suzanna Sherry, *Telling Stories Out of School: An Essay on Legal Narratives*, *Stanford LR* 45 (1993), p. 842 v.; vgl. daarbij Pierre Schlag, *The Brilliant, the Curious, and the Wrong*, *Stanford LR* 39 (1987), p. 917 v.

28. Zie *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 222 (1916).

29. In het Zuid-Afrikaanse recht is dit een legitieme benadering. Zie John Wessels, *The Future of Roman-Dutch Law in South-Africa*, *SALJ* 1920, p. 267-268: het Rooms-Hollands recht 'sweeps into its system all the legal learning accumulated by the great Italian, French and German jurists'.

NIET-REDACTIONEEL GEDEELTE onder verantwoordelijkheid van het bestuur

■ Mededelingen ■

Nieuwe standplaatsen

De Staatssecretaris van Justitie maakt bekend dat aan Hare Majesteit de Koningin machtiging is verzocht - en verkregen - tot vestiging van nieuwe associatieve standplaatsen te

Loon op Zand, ten behoeve van het kantoor Dierckxsens & Van Tilburg
Zandvoort, ten behoeve van het kantoor Gielen.

Juridisch PAO Katholieke Universiteit Nijmegen

Cursussen voorjaar 1996

Uitwinning van zekerheidsrechten en beslag

Data: 26 maart en 9 april 1996

Tijd: 16.00-21.00 uur

Docenten: mr J.J. van Hees, mr N.E.D. Faber, prof. mr S.C.J.J. Kortmann (tevens cursusleider), mr R.M. Hermans

Kosten: f 355,- (incl. cursusmateriaal, aperitief en maaltijden).

Actualiteiten agrarisch recht

Datum: 17 april 1996

Tijd: 16.00-21.00 uur

Docenten: prof. mr A.H.T. Heisterkamp, prof. mr G.M.F. Snijders (tevens cursusleider)

Kosten: f 355, (incl. cursusmateriaal, aperitief en maaltijd)

Permanente Opleiding: KNB: geldt als dagdeel goedgekeurd onderwijs; NOvA: geldt als 4 opleidingspunten.

De natuurlijke verbintenis in het huwelijksvermogens- en erfrecht

Datum: 25 april 1996

Tijd: 16.00-21.00 uur

Docenten: prof. mr W.R. Meijer, prof. mr E.A.A. Luijten (tevens cursusleider)

Kosten: f 355, (incl. cursusmateriaal, aperitief en maaltijd)

Permanente Opleiding: KNB: geldt als dagdeel goedgekeurd onderwijs; NOvA: geldt als 4 opleidingspunten.